

UNIVERSIDAD DEL SALVADOR

FACULTAD DE HISTORIA, GEOGRAFÍA Y TURISMO

DOCTORADO EN HISTORIA



TESIS

DESCODIFICACIÓN CIVIL ARGENTINA

**USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR**

DOCTORANDO: Prof. Juan Carlos Frontera

PADRINO: Dr. Abelardo Levaggi

2013

Firma manuscrita de Juan Carlos Frontera.

Firma manuscrita de Abelardo Levaggi.
A. Levaggi

Índice

Abreviaturas	01
Introducción	03
Codificación y descodificación	30
Cambios culturales en la centuria pasada	78
Erosión	95
Descodificación	116
Conclusiones	195
Fuentes	203



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

Abreviaturas

Banco Central de la República Argentina: BCRA

Código Civil Argentino: CCA

Congreso Nacional Argentino: CNA

Constitución Nacional: CN

Corte Suprema de Justicia Nacional: CSJN

Decreto Ley: DL

Fondo Monetario Internacional: FMI

Poder Ejecutivo Nacional: PEN



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

Introducción

El estudio de la descodificación del Derecho Civil en la Argentina permite comprender el desarrollo del proceso de codificación y la labor del legislador, y observar el vínculo existente entre la norma jurídica y la sociedad.

Es necesario analizar en profundidad los procesos de codificación, de descodificación y de recodificación para comprender la constitución de la cultura jurídica decimonónica y sus avatares en los siglos siguientes en la Argentina.

Juristas y operadores jurídicos están inmersos en las tensiones producidas por los procesos mencionados, sus miradas sobre el Derecho y la operación jurídica son influidas por ellos.

Estos desarrollos son producidos en alguna medida por los excesos y los defectos de la especificidad legislativa, ellos condicionan la forma de concebir al fenómeno jurídico y en consecuencia al Derecho.

También lo hace, la labor de los órganos legislativos al momento de sancionar los textos legales, que no siempre tienen presente los aspectos técnicos legislativos y en consecuencia fomentan las tensiones de los procesos mencionados.

Por ende la ciencia de la legislación tiene un papel fundamental en el diagnóstico y en el pronóstico del estado de los Códigos. Mayor será la tensión y la dispersión normativa si los hacedores de las leyes no tienen presentes los postulados de la ciencia y de la técnica legislativa.

Vélez concibió al Código como una obra científica. Las enseñanzas de Savigny sobre la necesidad del perfeccionamiento del Derecho por los juristas como representantes del pueblo calaron hondo en el espíritu del Codificador.

Sabía que un Código moderno no podía ser fruto de la improvisación sino de la jurisprudencia, y que su eficacia dependía de su fundamentación en el Derecho entonces vigente.

De allí que el Codificador consideró en primer lugar el Derecho castellano-

indiano-patrio al que le reconoció como cualidad esencial su filiación romana.

La cultura jurídica estaba entroncada en la mejor tradición occidental del Derecho romano. Juristas, como Savigny, le revelaron los misterios de ese Derecho, que resultó para él una fuente inagotable de justicia y una base firme para hacer progresar el Derecho argentino sin traicionar su esencia¹.

El legislador del siglo XX no tuvo presente frecuentemente el significado de los códigos y no prestó atención a las consecuencias que producen las leyes especiales sobre la *ratio* del sistema.

Mario Federici expresa que es creciente la complejidad de la realidad social y repercute en los replanteos frecuentes sobre las instituciones, esto tiene como consecuencia visible la proliferación de centros de producción de normas.

Las carencias urgentes frente a los cambios sociales, políticos y económicos exigen y abruma a los legisladores, quienes se ven con una superactividad legislativa, cuando no limitados por su falta de conocimientos propios y la falta de un asesoramiento competente, todo ello favorece la dispersión normativa que entra en tensión con los postulados codificadores decimonónicos.

La sociedad muda junto con sus instituciones, si estas últimas se retrasan en sus actualizaciones son abandonadas o reprochadas por los individuos, existirá una tensión entre los contenidos permanentes y modales ocasionales, entre las mayorías y las minorías, entre la cultura y la naturaleza humana.

Estas necesidades de transformaciones y su concreción pueden constatarse en la profusión ininterrumpida de normas que se superponen, autoexcluyen, e incluso se contradicen entre si, con más frecuencia afectando la unidad, la cohesión y la previsibilidad del Derecho.

Ello se agrava hoy por las alteraciones en la estructura funcional y política

¹ LEVAGGI, Abelardo (1988), "Dos estudios sobre Vélez Sarsfield", *Cuadernos de Investigaciones*, n. 5, Buenos Aires, pp. 66-67. *Idem* (1985), "El Derecho romano en la formación de los abogados argentinos en el ochocientos", *Separata*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 145-158.

del Estado que tienden a banalizar el papel de la ley como fuente formal de derechos y deberes.

La multiplicación de agentes de producción de legalidad promueve la profusión desmesurada de normas que surgen de cada centro productor. Ellas se van a incorporar al ordenamiento jurídico con graves problemas para su articulación y cohesión acelerando su pérdida de uso y exigibilidad².

José Ramón Narváez afirma que vivimos una época en que la incertidumbre por el Derecho regresó con su pesantez, la gran cantidad de disposiciones secundarias contribuyen a crear inseguridad en el destinatario de la ley³.

Esta profusión normativa se traduce en una alteración en la formulación del Derecho, que impide mantener y aplicar los principios de generalización y sistematización del orden jurídico.

En consecuencia, estos principios quedan desplazados y con ellos también la racionalidad que había instalado el pensamiento jurídico moderno.

Por lo tanto, el ordenamiento se transforma en un conjunto de reglas especiales, sancionadas para dar respuesta a situaciones e intereses contingentes, con escasas pretensiones de permanencia temporal.

Los postulados y la *ratio* codificadora no mudaron en paralelo con el Estado. Ellos fueron diseñados en un tiempo pretérito y en un contexto social, político y económico respecto del cual el siglo XX mostró cambios rápidos y profundos, que lo distanciaron de los principios establecidos en la centuria anterior. La concepción del Estado entró en crisis, obligándole a rever sus fundamentos.

El órgano estatal se consolidó en el siglo XIX como realidad

² FEDERICI (2007), "Transformaciones del Derecho. Emergencias y crisis de los paradigmas del Derecho Moderno", *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, p. 92.

³ NARVÁEZ (2007), *Historia social del Derecho y de la Justicia*, México, Porrúa, p. 1.

institucionalizada regida mediante la ley. Ante las profundas transformaciones que impactaron sobre él, los gobernantes buscaron en las modificaciones legislativas las soluciones.

Todo ello está inserto en una realidad que incluye, permanentemente, nuevas dimensiones de la vida humana. Éstas abarcan el proceso de reconfiguración de su papel, estructuras y funciones, la progresiva indeterminación de la distinción entre lo público y lo privado, la disolución de las fronteras políticas, los movimientos culturales que influyen en los sentimientos de las masas, los cambios socioculturales que modifican la forma de hacer política.

La idea de nación y de soberanía estatal, como realidad única e indivisible, sólo se la concibió como expresión de un orden normativo igual para todos los ciudadanos de ese territorio.

El fenómeno codificador coincidió con el proceso de reconstrucción de la sociedad subsiguiente a las luchas emancipadoras y civiles⁴.

Bernardino Bravo Lira afirma que el siglo XX está dominado por la atrofia de las constituciones escritas, la llamada revuelta de los hechos contra el Derecho codificado, y la disociación entre Estado y Derecho.

Mientras que las constituciones escritas se deslizan hacia el totalitarismo a los modos soviético o norteamericano, en el mundo hispánico se recupera el Estado jurisdiccional. Esta recuperación se dio frente a los ideales decimonónicos.

En consecuencia, la distinción entre lo urgente y relevante, y lo normal y corriente, representa una forma especial de legalismo. En principio, la constitución y las leyes permanecen intactas, nadie las altera. Pero valen sólo para situaciones ordinarias.

⁴ MURILLO RUBIERA Fernando, "Codificación y sistema jurídico Iberoamericano". LEVAGGI (AAVV), *Fuentes Ideológicas y normativas de la codificación Latinoamericana*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, p. 143. CUTOLO, Vicente Osvaldo (1948), *El primer profesor de Derecho civil de la Universidad de Buenos Aires y sus continuadores*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

En casos extraordinarios, se superpone a esta legalidad permanente otra de carácter provisional⁵. Hay que tener presente la normativa producida en los períodos de *facto* y ratificadas en los de *lure*.

Tales fenómenos repercuten en el Derecho y además se manifiestan mediante expresiones jurídicas. La sociedad canaliza a través del legislador las conclusiones de los hechos que enfrenta.

La modernidad se construyó sobre la supremacía de la razón y el reconocimiento de la centralidad de la persona humana en sentido político y jurídico.

Sobre estos pilares fundacionales se edificó el estado de Derecho como expresión política y jurídica de esa racionalidad, en función de los Derechos Humanos⁶.

Señaló Ismael Quiles S. J. que los derechos de la persona humana sólo pueden tener una base sólida frente a las pasiones y ambiciones de los demás individuos, o frente a las tendencias absorbentes y totalitarias de la sociedad y del Estado.

Y cuando se admiten relaciones y leyes establecidas por encima de la voluntad de los individuos y de los gobernantes, y con autoridad para regular, en una forma estable, con sanciones definitivas ante un tribunal superior, todas las relaciones humanas, tanto la de los individuos entre sí, como la del individuo con la familia y la sociedad, y las de las diversas sociedades entre sí.

Para el filósofo, en la segunda guerra y en la posguerra, se produjo la desconfianza en los ideales, en las instituciones y en la autoridad humana, lo que condujo a acentuar a la subjetividad como valor primario, tan característico de la

⁵ BRAVO LIRA (2010), *Constitución y Reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica (1511-2009)*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, pp. 254-258 y pp. 316-319. *Idem* (1992-3). "Del Imperio a los Estados. Universalismo y pluralismo en el orden mundial", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 17, Santiago de Chile, pp. 7-22.

⁶ FEDERICI... (2), pp. 79-81.

modernidad⁷.

Los Códigos no pueden estar ajenos a estos cambios esenciales. Ellos son una herramienta fundacional del Estado y de la sociedad moderna, y exhiben los aspectos singulares del pacto social. Por ello no debe agotarse la mirada sobre la codificación en los aspectos técnicos.

Ella no es una mera fijación del Derecho anterior en un nuevo texto más completo y sistemático. Representa, en último término, una ruptura con el Derecho no recogido en esos textos. Determina una separación de los Derechos nacionales que rigen en virtud de las potestades de los gobernantes⁸.

Fernando Murillo Rubiera considera que el motor de la codificación fue la necesidad de extender la independencia política en el ámbito de las leyes.

Otro motivo fue establecer nuevas normas para regir una sociedad nueva que quería satisfacer el natural deseo de no seguir sometida a un orden legal, que con independencia de sus defectos e inconvenientes pertenecía al régimen político contra el que se había luchado duramente durante tres lustros.

Los reinos de ultramar convertidos en Estados soberanos tuvieron el propósito de dotarse de un nuevo orden legal, más simple, claro y adecuado a las necesidades sociales⁹.

El proceso histórico-jurídico iberoamericano se desarrolló, por lo general, sin cambios demasiados bruscos inclusive en la época de la revolución por la independencia. Registra si diferencias esenciales en materia de ideas jurídicas, fuentes formales y método, además de varias instituciones.

Tanto en el Derecho privado como en el público (el derecho político fue, a todas luces, el que experimentó la más pronta transformación) el cambio fue

⁷ QUILES (1995), *Persona Humana*, Cuarta Edición, Buenos Aires, Depalma, p. 362 y p. 14. AAVV (1993), *Presencia, existencia y esencia en Miguel Herrera Figueroa*, Buenos Aires, Leuka.

⁸ BRAVO LIRA (1992), "Codificación civil en Iberoamérica y en la Península Ibérica (1827-1917). Derecho Nacional y europeización", (AAVV), *Fuentes Ideológicas y normativas de la codificación Latinoamericana*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, p. 85.

gradual y paulatino, desde la misma época tardocolonial.

Nuestras sociedades fueron, por lo común, impermeables a los proyectos iconoclastas y valoraron positivamente la cultura tradicional. Las ideas revolucionarias permanecieron acantonadas en grupos minoritarios, no compartidas por la generalidad de la población ni siquiera por la mayor parte de la elite¹⁰.

Por lo expresado entiendo que la investigación debe acotarse a uno de los procesos mencionados, y a una rama del Derecho en particular para que el aporte sea significativo.

Lo contrario correría el riesgo de convertirse en un informe descriptivo y superficial. Por ello acoto el tema a la descodificación del Derecho Civil argentino.

Para el estudio integral de los procesos mencionados en el primer párrafo, sería necesario desarrollar trabajos exhaustivos sobre sus aspectos particulares y dedicarle otra tesis.

El trabajo permitirá entender la esencia de lo jurídico y de sus relaciones con la Constitución y el desarrollo del Estado moderno, de la ciencia jurídica con la técnica legislativa, de la cultura jurídica con las prácticas de los operadores jurídicos, y de la ley con los cambios sociales.

La investigación pretende ser un aporte significativo y original a la Historia del Derecho Argentino, y una oportunidad de abrir vasos comunicantes con otras ramas de la Historia y de la dogmática jurídica.

Me propongo integrar los aspectos técnicos legislativos con los contextos

⁹ MURILLO RUBIERA..., (4), p. 143.

¹⁰ LEVAGGI, *Consideraciones sobre investigación en Historia del Derecho*, Conferencia. III Encuentro del Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho, Morelia – México, octubre de 2010, inédito.

políticos, sociales y económicos, a partir del concepto de Código. Sus desarrollos son expresiones de los diseños y los ajustes o cambios del proyecto social-político-económico del Estado.

Considero que los textos legales son manifestaciones de los idearios generacionales, y que el Código velezano fue expresión de la generación fundacional del Estado argentino. También los proyectos de reforma posteriores fueron producto de las generaciones respectivas.

Unos y otros vivieron en contextos históricos distintos. Alrededor del año 1880 hubo cambios profundos en el marco internacional, en el ámbito regional latinoamericano y en la sociedad argentina.

Carlos Alberto Floria y César Augusto García Belsunce afirmaron que algunos de ellos percibieron esos cambios o bien se sintieron responsables de haber puesto en movimiento factores que modificaron radicalmente la cultura de los argentinos.

Se transformó todo un sistema de creencias empíricas, de símbolos expresivos y valores que hasta entonces habían definido la cultura tradicional rioplatense. En ese marco se sancionó el Código Civil Argentino¹¹.

En cuanto a los proyectos de reforma de 1926 y de 1936, el primero surgió en el contexto de una Argentina que vivía las consecuencias político institucionales de la ley Sáenz Peña, y el restablecimiento del intercambio comercial posprimera guerra mundial, el segundo en cambio lo hizo después de un periodo de interrupción institucional y en plena recuperación de la crisis del año 1929¹².

El anteproyecto de Joaquín Llambías se elaboró en pleno periodo peronista.

¹¹ FLORIA, Carlos Alberto y GARCÍA BELSUNCE, César Augusto (2004), *Historia de los argentinos*, 2ª edición, Buenos Aires, Larousse, p. 677.

¹² RAPAPORT, Mario (AAVV) (2000), *Historia económica, política y social de la Argentina (1880-2000)*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, pp. 138 y ss.

después de la reforma constitucional de 1949¹³, entre el primero y segundo plan quinquenal, en un país que quería ser una potencia industrial que luego sufriría el desencuentro de su sociedad y las consecuencias de la guerra fría

La Argentina que encontró el anteproyecto de 1998 fue la de un país neoliberal, que padecía una crisis cultural, acababa de reformar su Constitución con el eje principal en la reelección presidencial, enfrentaba una nueva crisis económica y agotaba el modelo cambiario.

En síntesis fue el final de un período en el cual nuestro país quería insertarse en el mercado mundial y ello se expresaba en el texto del anteproyecto¹⁴.

El proyecto de 2012 corresponde a un nuevo período histórico cuyo estudio se hará en el futuro. Denota una necesidad social de modificar y remozar los Códigos.

Tiene por fin mantener vigente la codificación y responder a la situación social actual a partir de una concepción política e ideológica de sector y no integral.

Las modificaciones del texto Civil se concretaron a través de leyes que se incorporaron al cuerpo legal o a través de leyes extravagantes. Tal producción legislativa, en la edición de imprenta del Código, como apéndice legislativo ocupa poco más que el propio Código.

Muchas de las modificaciones no se dieron en período de *Iure* sino de *facto*, en el primer período se produjeron como consecuencia de debates en el Congreso y en el segundo al no funcionar el Legislativo se originaron a partir de comisiones asesoras.

El marco histórico donde se dieron los procesos de reforma del Código Civil es interesante, pues el Congreso y los partidos políticos consideran que la

¹³ LÓPEZ ROSAS, José Rafael (1998), *Historia constitucional argentina*, 5ª edición actualizada y ampliada - 1ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, p.597.

¹⁴ FLORIA y GARCÍA BELSUNCE... (10). pp. 1044-1054.

Constitución y las leyes pertenecen al orden de la normatividad, pero dicha normalidad es distinta al diario vivir.

En el transcurso del siglo XX el Poder legislativo tuvo una actividad escasa en materia de sesiones, y los partidos políticos perdieron su significación.

El presidencialismo se acentuó a través del tiempo dependiendo de éste un aparato estatal y paraestatal cada vez mayor. Del mismo provino la mayor cantidad de iniciativas legislativas¹⁵.

El jurista tiene la importante misión de colaborar en la remoción de las trabas del proceso socio-económico-político a través de propuestas de reforma aconsejables en el campo de las instituciones.

El Código debe estar preparado para coexistir con las fuerzas políticas-económicas-sociales, que a veces son muy diferentes, para no perder su eficacia.

El Derecho es un agente de cambios en este momento en que la sociedad, motivada por la velocidad vertiginosa de los cambios sociales y el impacto de la tecnología, está en un fluir constante y arrebatador¹⁶.

III

El Derecho es un producto cultural que se desarrolla en el tiempo. Su comprensión depende del correcto análisis de los distintos momentos en la historia de la cultura jurídica. Los legisladores, juristas y operadores jurídicos concientes o no alimentan al mundo jurídico.

El legalismo decimonónico, despojado de los postulados *iusnaturalistas*, resolvió los casos en función de la ley y no en función del ideal de justicia.

La operación jurídica se centró en el análisis del contenido normativo por

¹⁵ BRAVO LIRA... (5), pp. 261-263.

¹⁶ MASNATA, Héctor (1969), "Balance de 100 años de vigencia del Código Civil", *El Derecho*, t. 29, Buenos Aires, pp.781-782. Ver: SMITH, Juan Carlos (1970), "El Código Civil argentino: síntesis doctrinaria de una época", *Revista Jurídica Argentina "La Ley"*, t. 135, Buenos Aires, pp.1334-1347.

sobre el contenido del caso, y por sobre la comprensión de la esencia e historia de la institución jurídica. Pero, el legalismo no logró mantener los axiomas inmodificables del Código.

El desarrollo de la codificación a través de las reformas legislativas muestra que los principios regentes del sistema fueron cambiados de acuerdo a las nuevas realidades sociales.

La norma, cuanto más específica y detallista, es más permeable a los cambios sociales. Las pautas generales son las que tienen más posibilidades de perdurar a través del tiempo. Pero cómo determinar cuál es la regla generalísima cuando todo se relativiza en nuestro tiempo.

El legislador decimonónico, siguiendo los postulados iluministas, elaboró Códigos que aglutinaron todas las instituciones de una rama jurídica.

El codificador, basado en el ideal racionalista, redactó el texto imprimiéndole un carácter exhaustivo.

Confirió plenamente en la creación humana, pero no pudo congelar al Derecho en la ley por la esencia dinámica del primero, y fracasó al intentar cristalizar la cultura de un pueblo en una norma jurídica.

Quiso reducir al Derecho a una norma y que esa cristalización fuera permanente. Pero las instituciones jurídicas, al ser un producto de la sociedad, están expuestas a continuas modificaciones. La intención humana no pudo torcer la realidad ni la esencia de lo jurídico.

La Ilustración identificó ley y Derecho, a la fuente de conocimiento y producción con el objeto. Así, la ley se transformó en símbolo de la nueva cultura jurídica y el jurista le rindió culto. Esa reducción no duró por una serie de causas que analizaré más adelante.

Román Frondizi sostuvo que el Derecho, como práctica social específica, presenta trazos de apertura y de superposición con otras prácticas. No es autosuficiente, sino altamente complejo y dinámico, y puede incorporar, y de

hecho incorpora, materiales provenientes de otras prácticas.

Por eso los juristas y los jueces no sólo hacen referencia o motivan sus decisiones en las puras normas sino también con argumentos de carácter ético, económico, filosófico o de otras ciencias, que los ayudan a interpretar su sentido y finalidad¹⁷.

La decisión jurídica debe fundarse en el conocimiento de la situación y de las necesidades sociales, en el adecuado equilibrio del bienestar individual y colectivo, en la permanencia de su contenido, y en la prudencia política entre otras cuestiones.

Los cambios legislativos en los gobiernos republicanos y representativos se dan a través del órgano legislativo que, con la renovación de sus miembros, recepta las exigencias de las sucesivas generaciones.

Narváez dice que el problema de la publicación de la ley tiene que ver con otros como el de la generalización de la ley, la autoridad de la ley, los tiempos de promulgación de la ley, principio de legalidad, todas cuestiones planteadas por el Derecho moderno y que se encuentran en la base del estado de Derecho.

La idea es asegurar lo que será Derecho y desde cuándo pierden vigencia las leyes precedentes.

El Código es para todos, ¿por qué no lo pueden leer todos? Es una contradicción y una posición iluminista pensar que no es necesario que ciertos individuos lean el Código.

Existe una posible falta de comunicabilidad del Código hacia los que serán sus usuarios. Es necesario reconciliar al Código con el pueblo a partir de la complejidad que es la convivencia humana¹⁸.

El remozamiento de los Códigos se produce, además de las reformas

¹⁷ Cámara Federal Civil y Comercial, La plata, Sala II, Fomento de Construcción y Contratos S. A. c/ Municipalidad de Avellaneda, voto de Román J. Frondizi, 08/05/2001.

¹⁸ NARVÁEZ... (3).

legislativas, por las sentencias de los jueces que en algún caso actúan como si fueran legisladores.

En nuestro país el proceso mencionado es muy complejo por el gran abanico de órganos judiciales, nuestra Carta Magna establece una doble jurisdicción, federal y local.

En el último caso existen 23 poderes judiciales, 22 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en algunas provincias existen además varios departamentos judiciales. El remozamiento de los Códigos a través de la actuación de los jueces no es uniforme en todo nuestro territorio.

Recordemos que los Códigos fortalecieron la preponderancia de la ley como fuente productora del Derecho. Las demás fuentes (costumbre, jurisprudencia y doctrina) quedaron con una función secundaria.

Con este avance del legalismo, el Estado logró una mayor participación en la formación del ordenamiento y en consecuencia la autonomía de la voluntad redujo su espacio frente al orden público.

El legislador buscó reunir en un cuerpo legal sistemático todas las instituciones de una rama del Derecho a partir de determinados axiomas.

La codificación implicó así la pérdida del dinamismo propio de lo jurídico.

Los nuevos mecanismos, derivados de la técnica legislativa y no de la ciencia jurídica, inducen a concluir que la concepción moderna del Derecho es en alguna medida producto de esa fijación.

Los operadores jurídicos se limitaron al estudio de la ley. Abandonaron la búsqueda de la historicidad y la esencia de las instituciones jurídicas. La cristalización del Derecho en Códigos facilitó su formación y la posibilidad de resolver los conflictos.

Sus interpretaciones se redujeron a una tarea de comprensión y análisis lingüístico, y los vacíos legales se resolvieron a través de la concatenación de

normas. El contenido de la norma jurídica no debía ser comentado¹⁹.

El positivismo legalista hizo de la ley la expresión de la soberanía estatal. Presentó al Derecho separado de las manifestaciones culturales y sociales.

Produjo una disociación, de lo jurídico y lo meta jurídico, de la vida de las instituciones y los textos legales. La cristalización del Derecho inmovilizó los contenidos normativos del fenómeno jurídico.

La ley tuvo como fin asegurar un orden social firme y estable, susceptible de ser reducido a un conocimiento racional. Dada la dinámica de la sociedad y la tendencia a la cristalización del Derecho hay una permanente búsqueda de equilibrio entre ambos.

Las condiciones de vida cambian y las normas deben adaptarse a las nuevas situaciones. Debe entenderse a la ley como una expresión del Derecho y no como el Derecho mismo.

La ciencia jurídica argentina fue mudándose durante el siglo XIX. Se pasó del sistema indiano al modelo legalista, con la generación de juristas de 1910 aparecieron hombres dedicados de pleno a los estudios jurídicos.

La codificación fue un hito para la ciencia jurídica pues condicionó la enseñanza y los estudios del Derecho.

La realidad social superó esa cristalización y ese reduccionismo. Su dinamismo erosionó y frustró los ideales decimonónicos codificadores.

La técnica jurídica no reemplazó la función de la ciencia para el conocimiento del Derecho, pero la codificación condicionó su desarrollo.

En el año 1969, José María López Olacireguí, como observador de la realidad de su tiempo a un año de la reforma de la ley 17711 del CCA, dijo que los abogados de nuestro tiempo, que durante largos años hemos sido testigos del surgimiento casi explosivo de los hechos nuevos que conforman el marco de

¹⁹ Ver: LEVAGGI (1980), "La interpretación del Derecho en la Argentina en el siglo XIX", *Revista de Historia del Derecho*. Buenos Aires, pp. 23-121.

nuestra vida actual, hechos de los que se decía o que nosotros directamente veíamos que requerían un nuevo Derecho que los rigiera.

Somos ahora espectadores, y en algún modo, protagonistas de un inverso movimiento de reflujo, concretado en el alumbramiento casi simultáneo de un número considerable de leyes por medio de las cuales el poder que nos gobierna se propone remodelar el régimen jurídico de nuestro país²⁰.

La técnica codificadora condicionó a la ciencia del Derecho, impuso los estudios sobre la norma jurídica vigente separados del contexto institucional. Produjo una disociación entre la forma de mirar lo jurídico y la esencia propia del Derecho.

IV

La descodificación fue definida por la historiografía jurídica y por la dogmática como un desorden técnico legislativo, donde normas extravagantes a los cuerpos legales crean subsistemas junto al sistema principal del Código.

Es un proceso centrífugo por el cual el legislativo dicta numerosas leyes especiales que escapan a la disciplina del Código, y en cierto sentido se puede considerar centrípeto porque los principios rectores del sistema buscan atraer esas leyes al núcleo de la normativa.

El fenómeno responde en parte al proceso de juridificación, que es una consecuencia tanto del desarrollo del estado de Derecho como de las cambiantes relaciones entre sociedad y Estado.

La definición de descodificación descripta es parcial, si se considera que la codificación significó el surgimiento de una nueva cultura jurídica donde la ley es la fuente suprema, como los actos fundacionales del Estado moderno, y el

²⁰ LÓPEZ OLACIREGUI (1969), "Cuerpo y alma de la reforma civil", *El Derecho*, t. 24, Buenos Aires, p. 955.

establecimiento de un símbolo ordenador al que el jurista le rendirá culto.

Ella debe entenderse como el antónimo de la codificación, de la cultura jurídica fundada por el Código, síntoma de la crisis del Estado moderno, y como el abandono del Código como símbolo ordenador, con la misma entidad del término codificación.

Es el quiebre de los postulados decimonónicos establecidos a partir del proceso de codificación.

El Derecho común, contenido en Códigos del siglo XIX, había sido producido bajo otra concepción del Derecho, reconocía el dinamismo de lo jurídico. Por ello no es extraño que el Derecho luche para librarse de las ataduras.

En este nuevo proceso el Código Civil es un microsistema jurídico más. Pierde la cualidad de estatuto de Derecho común y general, pasa a ocupar un papel residual, regulando aspectos no alcanzados por las leyes especiales.

Estos microsistemas regulan la mayoría de las relaciones sociales. Cada uno de ellos sustrae al Código diferentes materias para regularlas con criterios propios.

La convivencia del Código con otros subsistemas, que poseen principios propios, siendo él uno más de ellos, ello no significa necesariamente que haya descodificación. Puede ocurrir una simple erosión.

Es cierto que el Código Civil perdió a lo largo de la centuria su posición central.

El modelo e ideal codificador decimonónico sufrió un pronto agotamiento en el siglo siguiente, toda vez que la superproducción legislativa viene atentando contra su sistema.

Levaggi señaló que los Códigos de Derecho privado se encuentran erosionados por leyes especiales singulares que producen microsistemas y dan paso a la descodificación.

El nuevo proceso centrífugo, de desconcentración de normas, policéntrico,

se manifestó principalmente con la: a) regulación de leyes especiales, b) internacionalización del Derecho, y c) ruptura de la unidad conceptual de cada una de las ramas del Derecho.

El fenómeno es tomado en sentido negativo por aquellos que siguen atados a los conceptos del siglo XIX, y en sentido positivo por aquellos influidos por el historicismo²¹.

Este proceso es producto de la tensión entre la cristalización legislativa del Derecho y su esencia dinámica.

La erosión es natural frente a los cambios culturales y avances legislativos, porque no siempre el legislador que se halla inmerso en los problemas de su tiempo puede comprender las consecuencias de esos avances.

Código y cultura, en general, se forman de dos componentes esenciales: uno es el dato con el que se cuenta, esto es, lo dado por la naturaleza física, histórica o antropológica; otro es el elemento ordenador de ese conjunto de datos, al que, desde antiguo, se denomina arte, técnica o ciencia.

La síntesis de naturaleza y arte, esto es, del dato inmediato de la realidad y la razón humana que lo capta y formaliza como concepto o como imagen, es lo que solemos llamar genéricamente cultura²².

Para el presente trabajo es importante relacionar la cultura jurídica con el devenir del Código Civil argentino y observar los cambios que se fueron dando en la concepción del Derecho.

Entonces comprendo que la descodificación debe tomarse como un concepto antagónico a la codificación, es un síntoma de la historicidad y del dinamismo del Derecho, de la crisis de los postulados jurídicos decimonónicos, y

²¹ LEVAGGI (2004). *Manual de Historia del Derecho Argentino*, t. I, Buenos Aires, Lexis-Nexis, p. 220.

²² CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador (2007). "Historia de la cultura jurídica". NARVAEZ y RABASA GAMBOA, Emilio, *Problemas actuales de la Historia del Derecho en México*, México, Porrúa, p. 49.

de los cambios de paradigmas del Estado moderno.

Es necesario determinar este concepto para entender el propio proceso de codificación y entender a esta última como un desarrollo y no como un hecho.

V

No existe ningún trabajo nacional o internacional que trate en forma directa o exhaustiva la descodificación Civil argentina.

El texto que despertó mi interés por el tema es un artículo de Alejandro Guzmán Brito titulado “Codificación, descodificación y recodificación del Derecho Civil chileno”, publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, t. 90, № 2, My-Ag., Chile, 1993, pp. 39-62.

El maestro chileno realizó un profundo análisis del problema desde lo teórico y desde lo histórico, unió perfectamente ambos aspectos y sus conclusiones me permitieron comprender el fenómeno en forma clara y exhaustiva.

Su trabajo fue crucial para el desarrollo de esta tesis aunque me aparto en alguna medida de sus conceptos y conclusiones, pues él se refiere al Derecho Civil chileno.

Para Guzmán Brito el proceso descodificador puede darse de tres maneras: desde lo formal, desde lo material, y desde lo material y formal.

La descodificación formal se da por medio del Derecho especial, a través de leyes extravagantes o “novelas”; la material, por medio del Derecho singular, a través de leyes modificatorias del Código, y la material y formal, por el Derecho singular, también, mediante leyes extravagantes. En su opinión, la verdadera descodificación es la material, ya sea ésta formal o no formal.

La material incide en la lógica del sistema jurídico, incluido el Código. La formal altera la técnica codificadora de reunir en un solo cuerpo a todo el Derecho de la materia respectiva.

Si bien la descodificación formal produce la proliferación de leyes extravagantes al Código, no quiebra la *ratio* del sistema. En este aspecto el sistema se compondrá del Código más las leyes extravagantes de Derecho especial o nuevo.

Que una ley modificatoria introduzca dentro del Código un Derecho especial o nuevo, bien correctorio, alternativo o derogante, no es descodificación. Constituye una operación diversa que se puede denominar revisión del Código.

El volumen total de la legislación externa de Derecho especial, singular y nuevo, puede en algunos casos superar el volumen del Código.

Concluye que la consecuencia de una descodificación amplia y profunda es el nacimiento de un nuevo Derecho civil, formado por diversos microsistemas, lo cual significa ir contra la lógica y los principios de la doctrina tradicional.

En definitiva no hay estudios exhaustivos de Historia del Derecho argentino sobre el tema de esta tesis, salvo dos trabajos parciales, los que mencionaré a continuación.

Ricardo Luis Lorenzetti escribió un artículo titulado “La descodificación y fractura del Derecho Civil”, publicado en la Revista Jurídica Argentina La Ley, t. 1994 D, Sección doctrina, Buenos Aires, 1994; pp. 724-740.

Dicho trabajo es el abordaje del fenómeno hecho por un relevante operador jurídico, sin embargo el texto no es extenso y la descripción parece superficial. Expone principalmente sobre la relación de los sistemas y microsistemas.

Dice que el Código Civil comparte su vida con otros Códigos, con microsistemas jurídicos y con subsistemas, y que el Código perdió su centralidad y fue desplazado progresivamente.

Su erosión produjo el fraccionamiento del orden instituido por el Código, y compara la situación con el sistema planetario, donde los planetas son microsistemas y el Código es el sol.

El sistema codificado funcionó con reglas determinativas para la resolución